Die ohne die erforderliche Einigung eingetragene Hypothek.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Johannes Hirschfelder,
Referendar.

Breslau 1912.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Leonhard.

Korreferent: Prof. Dr. Herb. Meyer.

Meinem Vater

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0044

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Die herrschende Meinung erkennt eine ohne die erforderliche Einigung eingetragene Hypothek nicht an, und zwar mit Recht 1

§ 2. Für die Anerkennung spricht die geschichtliche Entwicklung der Hypothek und Grundschuld 2

§ 3. Gegen die Anerkennung sprechen praktische Erwägungen, können aber für sich allein nicht entscheidend sein . . 10

§ 4. Aus dem Gesetz sind Gegenbeweise nicht erbracht. . . 12

Die Gegner begründen ihre Ansicht damit:

1. Oberneck.
   a) Im B.G.B. sei das Prinzip der festen Stellen und die Wertsteilstheorie zur Anerkennung gelangt.
   b) Die Eigentümerhypothek sei nur die Verselbständigung des Eigentums; an ihre Entstehung seien daher die geringsten Anforderungen zu stellen.
   c) Auf Grund des § 1196 B.G.B. sei als mutmaßlicher Wille des Eigentümers zu unterstellen, die ungültige Fremdhypothek als Eigentümergrundschuld aufrecht zu erhalten.
   d) Die Beschlüsse der zweiten Kommission bewiesen nichts gegen ihn.
2. Fuchs. Die Bestellung einer ungültigen Fremdhypothek enthalte ohne weiteres die Bestellung einer Eigentümergrundschuld.
3. Dernburg. Aus § 868 Z.P.O. folge, daß das B.G.B. die Entstehung der Eigentümergrundschuld nicht erschöpfend geregelt habe.
4. Crome. Die Bestellung einer zweiten Hypothek enthalte den Rangvorbehalt für die erste Stelle, falls diese erste Hypothek mangels Einigung ungültig wäre.
5. Sonstige Gegengründe.

§ 5. Die Ansicht der herrschenden Lehre und des Verfassers 35

Literaturverzeichnis.

A. Lehrbücher.

I. Zum B.G.B.

1. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts III, 1905.
2. Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens III, 1908.
3. Ecks Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs, herausgegeben von Dr. Leonhard.
4. Endemann, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs II, 1, 1905.
5. Enneccerus-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, 1, 1910.
6. Gierke, Deutsches Privatrecht II, 1905.
7. Männer, Das Sachenrecht, 1906.
8. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht II, 1909.

II. Zum römischen, deutschen und gemeinen Recht.

9. Mayr-Girard, Geschichte und System des röm. Rechts.
10. Sohm, Institutionen des röm. Rechts. 12. Aufl. 1905.
11. Alfred Manigk, Pfandrechtliche Untersuchungen, zur Geschichte der römischen Hypothek.
12. Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie. Artikel fiducia.
13. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte.
14. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1908.

III. Zum A.L.R.

15. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 1896.
16. Dernburg, Preußisches Privatrecht, 1894.

B. Kommentare.

I. Zum B.G.B.

17. Biermann, 1898.
18. Fischer-Henle, 1906.
19. Fuchs, Grundbuchrecht I, 1902.
20. Kretzschmar, Das Sachenrecht des B.G.B., 1906.
21. Neumann, I, 1905.

22. Meisner, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1901.
23. Planck, III, 1906.
24. Staudinger-Kober, III, 1910.
25. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1906.

II. Zum Z.V.G.

26. Wolff, Kommentar, 1909.
27. Jäckel-Güthe, 1909.
28. Fischer-Schäfer, 1902.

III. Zur G.B.O.

29. Predari, 1907.
30. Güthe, I, II, 1905.

IV. Zur Z.P.O.

31. Gaupp-Stein, 1908.

C. Spezialabhandlungen.

I. In Buchform.

32. v. d. Hagen, Hypothek des Eigentümers, 1836.
33. Bekker, Reform des Hypothekenwesens, 1867.
34. Brink, Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, 1907.
35. Bruck, Die Eigentümerhypothek, 1903.
36. Hachenburg, Das B.G.B. für das Deutsche Reich, 1900.
37. = , Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht, 1895.
38. Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, 1903.
39. Mittelstein, Das Hypothekenrecht des B.G.B.
40. v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, 1871.
41. Puntschart, Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts.
42. Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs.

II. In Zeitschriften

43. Abraham, Die Baugelderhypothek in Holdheims Monatsschrift 1905, S. 180 ff.
44. Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 B.G.B., Iherings Jahrb. 50, 37.
45. Freund, Ergebnisse der Rechtslehre zum Recht der Zwangsvollstreckung im Grundstück, Recht 1907, S. 551 ff.
46. Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek, Arch. f. bürgerl. Recht 20, 23.
47. Hachenburg, Der 60. Band der Entscheidungen des R.G. in Zivilsachen, D. J.-Z. 1906, 297/98.
48. Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek, Archiv für bürgerl. Recht 25, 222 ff.

49. Jäckel, Zur Streitfrage über die Entstehung der Eigentümerhypothek in der Zwangsversteigerung, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit 4, 279 ff.
50. Jäckel, Zur Entstehung und Behandlung der Eigentümerhypothek bei der Verteilung des Versteigerungserlöses. ebenda S. 203 ff.
51. Kretzschmar, Ein Beitrag zur Lehre von der Eigentümerhypothek, ebenda S. 195 ff.
52. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, Archiv für zivile Praxis 91, 155 ff.
53. Güthe, Die künftige Eigentümerhypothek, Zeitschrift des deutsch. Notarvereins 1906, S. 729 ff.
54. Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, Gruchots Beitr. 47, 306 ff.
55. Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, Gruchots Beitr. 50, 551.

D. Die Judikatur.

56. R.G. Bd. 52 S. 110; Bd. 54 S. 84; Bd. 68 S. 101; Bd. 70 S. 357 ff.
57. Jur. Wochenschr. 1903, Beilage 50; 1909 S. 213.
58. Recht 1909 No. 1140, 1141.
59. Rechtsprechung des O.L.G. Bd. V, S. 9; Bd. VIII S. 142.
60. Jahrb. f. Entsch. d. Kammergerichts (Johow) Bd. 27 A S. 128.

§ 1.

Nach § 873 B.G.B. ist zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek die Einigung des Eigentümers mit dem Hypothekengläubiger über die Belastung des Grundstücks und die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Bei der Briefhypothek erwirbt der Gläubiger nach § 1117 B.G.B. die Hypothek erst mit der Übergabe des Briefes. Einigung und Übergabe sind also nach dem Gesetz zur Entstehung einer Fremd-Briefhypothek erforderlich. Nach dem Aufbau der gesetzlichen Vorschriften kann ein dingliches Recht durch die Eintragung allein nur in Form der Eigentümergrundschuld entstehen (§ 1163 Abs. 2 und 1 in Verbindung mit § 1117 B.G.B.).

Es herrscht kein Streit in der Rechtslehre und Praxis darüber, daß § 1163 Abs. 2 nur zur Anwendung kommen kann, wenn eine Hypothek entstanden ist. Aus Abs. 1 zieht ein Teil der Literatur unter Führung Obernecks den Analogieschluß: Die eingetragene Hypothek, die mangels Einigung keine Fremdhypothek wird, steht als Grundschuld dem Eigentümer zu, während die herrschende Lehre unter Führung des Reichsgerichts[1]) ein dingliches Recht nicht für entstanden erachtet.

§ 2.

Wesentliche Gesichtspunkte zur Entscheidung dieser Streitfrage sind der geschichtlichen Entwicklung von der „fiducia“ und der „älteren Satzung“ bis zum B.G.B. zu

[1]) R.G. Bd. 52 S. 111 ff., Bd. 54 S. 84 ff., Bd. 70 S. 358 ff.

entnehmen, da das Wesen des modernen Realkredits hier entscheidet, welches nur im Gegensatze zu den römisch-rechtlichen Kreditverhältnissen ganz verstanden werden kann.

Das älteste römische Recht kannte nur eine Pfandrechtsart, die „fiducia", bei welcher der Verpfänder dem Pfandgläubiger volles quiritisches Eigentum an der Pfandsache übertragen mußte, der Pfandgläubiger dagegen nur gelobte, nach Tilgung der Schuld die Pfandsache auf den Veräußerer zurückzuübertragen.

Dieses Gelöbnis „fiducia", war rein obligatorischer Natur [1]) und vermochte — wenn auch eine Verletzung der fiducia infam machte — den Schuldner nicht davor zu schützen, daß der Gläubiger die verpfändete Sache rechtsgültig weiter verkaufte, da er das alleinige Verfügungsrecht besaß und dinglich gegen ihn oder den dritten Ersteher keine Klage gegeben war.

Im späteren römischen Recht bildete sich dann die Form des Faustpfandes, des pignus, aus;[2]) bei dieser Art der Verpfändung wurde nur der Besitz einer Sache zur Sicherung einer Forderung übertragen. Der Schuldner blieb Eigentümer, und der Gläubiger konnte nur dadurch einen Druck auf den Schuldner ausüben, daß er die verpfändete Sache bis zur vollständigen Befriedigung zurückbehielt; in irgendeiner Weise verwerten konnte und durfte er das Pfand nicht. Statt der Vindikation, der dinglichen petitorischen Klage, hat der Gläubiger nur noch die possessorischen Interdikte, welche nur gegen gewisse Personen zuständig sind.

Beide Systeme hatten ihre wirtschaftlichen Schwächen, weil der Schuldner die verpfändete Sache aus der Hand geben mußte. Das stark anwachsende wirtschaftliche Leben, die Konzentration großen Grundbesitzes in wenigen Händen, die damit verbundene Pachtwirtschaft, die dem

[1]) Vergl. Sohm S. 60, 349 ff.
[2]) Girard S. 834.

wirtschaftlich Schwachen unmittelbare Gewalt über Besitztümer des Reichen verliehen, führten zur durchgreifenden Umbildung des Pfandrechts.

Man mußte eine Form finden, die dem Schuldner das Eigentum und den Besitz beließ und gleichzeitig dem Gläubiger das Recht gab, bei Nichtbezahlung der fälligen Schuld die verpfändete Sache zu verwerten, um sich für seine Forderung zu befriedigen. Hier half der Prätor, indem er dem Gläubiger, um sich in den Besitz der Sache zu setzen, ein interdictum Salvianum und das ordentliche Rechtsmittel der actio Serviana gab, welche dann für jeden Fall der Verpfändung von Sachen als actio Quasi Serviana (= in rem hypothecaria) gegeben wurde.[1]) Bei dieser hypotheca behielt der Schuldner den Besitz und den Gebrauch der Pfandsache, während sie dem Gläubiger ein dingliches Recht gewährte, die Sache an sich zu nehmen und zu verkaufen; dinglich war das Recht insofern, als es auch gegen den Eigentümer und jeden Dritten durchgesetzt werden konnte.

Später bildete sich also für alle pfandrechtlichen Sicherungen eine gleichmäßig geltende Rechtsform in der sogenannten Hypothek aus. Sie entstand durch formlosen Verpfändungsvertrag, durch welchen dem Gläubiger das dingliche Recht, die Pfandsache herauszufordern, zu veräußern und sich aus dem Erlös zu befriedigen, gewährt wurde.

Im römischen Recht war das Pfandrecht lediglich akzessorischer Natur,[2]) weil der persönliche Kredit für die römische Rechtsauffassung allein maßgebend war. Ging die Forderung also unter, so verschwand auch die Hypothek.

Selbständiges Recht an der eigenen Sache zu schaffen, war für die Römer ein Ding der Unmöglichkeit. (D 8, 2, 1, 22 nulli res sua servit.) Allerdings sahen sie ein, daß

[1]) Sohm S. 352.
[2]) Girard S. 852.

durch mehrmaliges Verpfänden der Sache Unbilligkeiten entstehen konnten. Wegen des Grundsatzes der Unteilbarkeit der Pfandsache (D 20, 116; 21, 2, 65) haftete jedem Pfandgläubiger die ganze Sache, wenn auch die Rechte des Einzelnen in der Ausübung durch einen vorgehenden Berechtigten beschränkt sein konnten. Dies mußte naturgemäß zu Unstimmigkeiten führen; denn wurde der vorgehende Pfandgläubiger Eigentümer der Sache, so ging sein Pfandrecht unter, und er konnte sehr leicht, da er als Eigentümer an die letzte Stelle rückte, d. h., da alle anderen Gläubiger der Sache ihm jetzt vorgingen, seines früheren Pfandwertes verlustig gehen. Erst ganz allmählich bricht sich in den römischen Quellen eine Art Eigentümerhypothek Bahn. Nur in ganz wenigen Fällen wurde der Satz von der unbedingten Akzessorietät des Pfandrechts durch die Anerkennung eines Eigentümerpfandrechts durchbrochen; aber auch hier wurde die Forderung als fortbestehend gedacht. Das Pfandrecht galt z. B. als fortbestehend, wenn ein Dritter das Eigentum gleichzeitig mit einem vorgehenden Pfandrecht erwarb (D 20, 4, 1, 17) oder der vorgehende Gläubiger Eigentümer der Pfandsache wurde (1, 5 § 1 D 20, 5; s. Windscheid-Kipp, Pandekten 1 § 248 Anm. 27). Über die Auffassung dieser Eigentümerhypothek sind sich die Juristen des gemeinen Rechts nicht einig.

Windscheid § 248 Z. 4 glaubt, die Römer hätten zwar grundsätzlich das Eigentümerpfandrecht gekannt; aber dieses gäbe nur das Recht, die nachstehenden Hypothekengläubiger auf ihren einmal eingenommenen Platz festzulegen. Da nun wegen der Akzessorietät des Pfandrechts eine Forderung unbedingt vorhanden sein muß, so müßten die Vertreter des Eigentümerpfandrechts folgern, die Forderung dauere nicht nur für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es sei nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bilde, sondern das Pfandrecht bilde die Grundlage für die Forderung.[1])

[1]) Windscheid § 225 Z. 2.

Dieser Ansicht widerspricht aber ganz und gar das Wesen des römischen Pfandrechts.

Dernburg dagegen sieht in dem Eigentümerpfandrecht nur eine Ausstattung des Eigentums mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekaren. (Dernburg, Pand. § 241 Z. 3); Dig. 20, 4, l. 17 (tueri). Die Forderung ist unter gegangen, also auch das Pfandrecht erloschen. Dieses verschwundene Recht sei ersetzt worden durch ein selbständiges neues Recht, das das Eigentum gegenüber den nachstehenden Gläubigern zu schützen vermag (l 1 C, 8, 19 (20) in ius eorum successisti et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes), d. h., welches imstande ist, die Nachhypothekare an der Aneignung des in der erloschenen Hypothek ausgeschiedenen Sachwertes der Pfandsache zu verhindern. Dernburg sagt auch treffend in seinem Pfandrecht II § 171 S. 571: „Wo die Hauptwirkungen eines Rechts verschwunden und nur sekundäre übrig seien, wo der innere Gehalt fehle, der Zweck, der dem Institute den Charakter aufpräge, nicht mehr realisierbar sei, wo nur das äußere Gerüst zu ganz anderen Zwecken beibehalten sei, da könne man von einer Fortdauer eines Rechts nicht reden."

Der reine Personalkredit genügte in späteren Zeiten aber nicht mehr; es stellte sich heraus, daß für das Wirtschaftsleben der Realkredit erforderlich ist. Nun wurde aber grade durch das römisch-rechtliche Pfandrecht der Realkredit schwer geschädigt, weil niemand erkennen konnte, inwieweit eine Sache schon belastet war. Nie konnte man sicher sein, daß man auch wirklich durch den Wert der verpfändeten Sache gedeckt sei, weil andere Gläubiger ein älteres Pfandrecht an dieser Sache hatten; denn es galt der Satz: Prior tempore, potior iure.

Die Bestellung war, wie oben gesagt, formlos; irgendwelche Kundbarmachung war nicht erforderlich. Allmählich kam man zur Schaffung eines Generalpfandes am ganzen Vermögen odes eines Pfandprivilegs, das auch allen älteren Belastungen vorging. Später wurde in dem pignus

publicum oder quasi publicum ein Pfand geschaffen, welches auch den ein älteres Datum tragenden privatschriftlichen Hypotheken vorging. Die Publizität des Grundbesitzes und Hypothekenbestandes ist im römischen Recht nie zur Geltung gekommen, und trotzdem ist es in Deutschland als gemeines Recht rezipiert worden. Dagegen machten sich in den Partikularrechten bald Bestrebungen geltend, das Pfandrecht in Anlehnung an das ältere deutsche Recht umzugestalten und zu reformieren.

Der Begriff der heutigen Hypothek und Grundschuld hat im altdeutschen Recht seine Wurzeln. Zugrunde liegt ihm das Satzungsrecht; wesentliche Begriffsmomente entnahm er aber auch den Reallasten und insbesondere dem Rentenkauf.

In der älteren Satzung finden wir noch die Satzungsgewere zu Besitz und Nutzung[1]). Der Schuldner blieb hier Eigentümer des Grundstücks. Formlose Pfandbestellung genügte, wenn auch die Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäftes vor Gericht oder Rat üblich war. Eine Auflassung fand dabei nicht statt.[2]) Der Verkauf des Pfandgegenstandes war meist ausgeschlossen; doch räumten die Gesetze dem Gläubiger oft die lex commissoria ein. Einen erheblichen Fortschritt bedeutete dieser Satzung gegenüber die sogenannte jüngere Satzung. Nicht mehr durch Besitz und Nutzung des Gläubigers sollte der Druck auf den Schuldner ausgeübt werden, die Schuldsumme zu begleichen. Man sah vielmehr in der Begründung dieser anwartschaftlichen Gewere zugleich eine Bestrickung mit dem Gerichtsbann, die dem Gewereinhaber das Grundstück als Exekutionsobjekt zuwies, falls der Schuldner nicht bezahlte.[3]) Begründet wird die neuere Satzung durch rechtsförmliche Bestellung vor Gericht oder Rat mit anschließender obrigkeitlicher Bannlegung; Auflassung findet auch nicht statt: meistens erfolgt Einschreibung in das Stadt- oder

[1]) Vergl. Gierke II S. 812.
[2]) Gierke II S. 813; v. Meibom S. 321 ff
[3]) Vergl. Gierke S. 818, 819; v. Meibom S. 402, 403.

ein besonderes Pfandbuch.[1]) In beiden Fällen lehnte sich die Haftung des Grundstücks an eine persönliche Schuld an, die dem Obligationenrechte angehörte, aber an eine Schuld im deutsch-rechtlichen Sinne. Hier ist das Moment der Erzwingbarkeit gänzlich aus dem Schuldbegriff ausgeschieden. Schuld ist nur das rechtliche Leistensollen des Schuldners, das rechtliche Bekommensollen des Gläubigers.[2]) Um die Erzwingbarkeit zu erlangen, war die Begründung einer Personen-, Vermögens- oder Sachhaftung neben der Schuldschöpfung nötig. An das verpfändete Objekt, und zwar ganz allein an dieses, konnte sich der Gläubiger halten, wenn der Schuldner nicht leistete.[3])

Aber wie im römischen Recht war auch hier die Satzungsgewere abhängig vom Bestande der Schuld. Ohne Schuld keine Haftung.[4]) Darum ist auch das Recht der Reallasten von hoher Bedeutung für das moderne Grundpfandrecht geworden. Einmal verhaftete es ausschließlich Liegenschaften, so daß es für größere Vermögenskomplexe im Gegensatze zur Satzung ganz unanwendbar war, und nahm so naturgemäß das grundbuchrechtliche Spezialitätsprinzip in sich auf. Ferner aber setzt ganz besonders die Reallast nicht unbedingt eine obligationenrechtliche Schuld neben sich voraus. In ihrem Wesen schon lag es begründet, daß irgend eine Schuld bestand.[5]) Der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist verpflichtet, etwas zu tun, und zwar verpflichtet kraft realer Schöpfung. Diese Verpflichtung bedeutet Schuld und tritt besonders stark in dem Ausdruck hervor, den romanisierende Theoretiker ihr nach der Rezeption gaben, um sie im System des römischen Rechts unterzubringen: servitus in faciendo. Dieser Ausdruck deutet, wenn er auch ganz unrömisch ist, doch darauf hin,

[1]) Gierke S. 819; v. Meibom S. 415 ff.; Brunner S. 205/06.
[2]) Dernburg III S. 689; Puntschart S. 13.
[3]) Gierke S. 823.
[4]) Vergl. Puntschart S. 13—15.
[5]) Vergl. Gierke S. 707 ff.

daß die Pflicht zur Tätigkeit für den Eigentümer durch die reine Reallastschöpfung entstand. Diese Schuld nennt Gierke „dingliche Schuld", weil sie den jeweiligen Eigentümer trifft.[1])

Der Rentenkauf bildet eine besondere Art der Reallast. Ausgebildet als Geldgeschäft wegen der beschränkten Haftung des Erben, wie Brunner in seinem Grundriß sagt,[2]) wurde er zur Zeit des kanonischen Zinsverbotes zu dessen Umgehung benutzt, ohne daß er allerdings, wie Gierke meint, dazu geschaffen worden ist.[3]) „Kauf" braucht nur im technischen Sinne verstanden zu werden, und eine Schuld, die neben einer realen Rentenlast herläuft, ist kaum denkbar.

So hat sich hier allmählich eine Entwicklung angebahnt, die nicht nur die obligationenrechtliche, sondern auch die dingliche Schuld überflüssig machte. Aus einer Art Pfandrecht wurden die Reallasten im Rentenkauf zum Wertrecht.[4]) Das spricht sich in den Gesetzesbestimmungen aus, nach denen ein Grundstück, das bereits mit einer Rentenschuld belastet war, mit einer neuen Rente nur belastet werden durfte, wenn und soweit sein Wert durch die erste Rente noch nicht in Anspruch genommen war. Bald sah man in der Bestellung des „Ewig-Geld" die Ausscheidung eines Teiles aus dem abstrakten Geldwert des Grundstücks. Damit hatte der Rentenkauf sich bereits von der Mutterart, den Reallasten, entfernt und Elemente der jüngeren Satzung in sich aufgenommen. Denn Reallast und ältere Satzung erfaßten das Grundstück vorzüglich in seinem Nutzungswert, die jüngere Satzung und nach ihr das „Ewig-Geld" im Tauschwert. Da aber die Annahme eines reinen Verwertungsrechtes den Schuld- und damit Haftungsbegriff beseitigte, wurde zugleich ein großer Abstand zwischen Satzung und Gült geschaffen. Das wesentlichste der Gült besteht

[1]) Gierke S. 712.
[2]) Brunner S. 203.
[3]) Gierke S. 754.
[4]) Gierke S. 755.

darin, daß sie schon frühzeitig weitere Belastungen des Grundstücks zuließ; da aber diese weiteren Verpfändungen unabhängig von der ersten erfolgen konnten, so konnten die Rechte des ersten Gültberechtigten nur dadurch gewahrt bleiben, daß die spätere Gült nur den Wertsteil, der nach Befriedigung der ersten noch übrig ist, nur die sogenannte „Besserung“ erfaßt. Die Gült lebt in ihrer reinen Form noch fort in der Gült einiger Kantone der Schweiz und im Münchener Ewig-Geld.

Unser modernes Grundschuldrecht basiert auf einer Verschmelzung der Gült und der Satzung. Von der ersteren übernahm es die Abstraktheit und Unabhängigkeit von einer obligationenrechtlichen Forderung; der Satzung verdankt es seine Eigenschaft als Pfandrecht.

Allerdings war ja im Rentenkauf mit der Bezeichnung als Kauf der Schuldgrund angegeben; aber dadurch wurde das Geschäft noch nicht kausal. Es blieb vielmehr bei der bloßen Bezeichnung ohne nähere Charakterisierung des Kaufgeschäftes, ohne Angabe der Kaufsumme; sollte es doch teilweise die verbotene Zinssatzung umgehen.

Die moderne Hypothek dagegen hat eine andere Entwicklung genommen. Sie lehnt sich stärker an die jüngere Satzung an. Während der Rezeption nahm diese eine Reihe römischer Pfandrechtsgrundsätze in sich auf; besonders war sie fast durchweg einer durch unbeschränkte Vermögenshaftung gesicherten Forderung, d. h. einer obligatio, angeschlossen. Immerhin nahm aber auch die Hypothek im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts Prinzipien des Rentenkaufs in sich auf. Wenn sie auch nie abstrakt wurde, war ihre Anlehnung an die Forderung besonders im Lübisch-Hamburgischen Recht durch zahlreiche Fälle der Eigentümerhypothek zunächst von der Praxis, später auch durch die Gesetzgebung durchbrochen worden. So bestimmte z. B. die am 25. Juli 1868 für Lübeck erlassene Verordnung betreffend die Abänderung der Stadtbuchordnung vom 6. Juni 1818[1]) und die am 16. Juli 1872

[1]) Lübeckisches G.B. Bd. 35 S. 95 ff.

ergangene Verordnung betreffend die Abänderung der Hypothekenordnung vom 22. März 1820[1]), daß sich der Grundstückseigentümer in seinem Grundstück die Priorität für irgend eine Summe durch Eintragung derselben auf seinen eigenen Namen vorbehalten und eine Hypothek, über die er durch Auszahlung die Verfügung erlangt hatte, auf seinen Namen umschreiben lassen konnte, ohne daß etwa die nachstehenden Gläubiger Löschung einer derartigen Hypothek verlangen dürften (§ 3 bezw. 4). 1880 wurden dann diese Bestimmungen für den ganzen Staat Lübeck in die Hypotheken-Ordnung aufgenommen.[2])

Dieselben Bestimmungen finden sich in dem Gesetz vom 4. Dezember 1868 über Grundeigentum und Hypothek im § 35 für Hamburg.[3]) Das Preußische Recht erkannte die Eigentümerhypothek nur vereinzelt an. Nach dem Eigentums-Erwerbs-Gesetz (E.E.G.) und dem E. I. B.G.B. erwarb sie der Eigentümer, wenn er den Gläubiger befriedigte, oder wenn sich Schuld und Forderung in einer Hand vereinigten. Obgleich das B.G.B die Zahl der Entstehungsgründe der Eigentümerhypothek bedeutend vermehrt hat, ist doch im allgemeinen die Akzessorietät der Hypothek — nötigenfalls durch Fiktionen — durchgeführt. Und Akzessorietät ist, wie Rümelin im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 97 S. 225 andeutet, nur ein anderer Name für Kausalität.

So stellt sich die Grundschuld des B.G.B. ihrer geschichtlichen Entwicklung nach als die abstrakte Summenbelastung eines Grundstücks, die Hypothek als die akzessorisch-kausale Belastung zur Sicherung einer Forderung dar. Gemeinsam ist beiden die Natur als Pfandrecht.

§ 3.

Aus dieser geschichtlichen Entwicklung der Hypothek dürfte der Ansicht des Reichsgerichts beizupflichten sein,[4])

[1]) Lübeckisches G.B. Bd. 39 S. 65 ff.
[2]) Lübeckisches G.B. Bd. 47 S. 73 ff. § 41.
[3]) Hamb. Ges.-Sammlung 1868 S. 88 ff.
[4]) z. B. R.G. 70, S. 358 ff.

nach der eine der Einigung entbehrende Fremdhypothek keine gültige Eigentümergrundschuld ist.

Die Gegner dieser Ansicht wollen ein allgemeines Prinzip im B.G.B. finden, nach welchem jedes formell gültig eingetragene Grundpfandrecht dem Eigentümer zusteht, falls kein anderer einen materiellen Anspruch darauf geltend machen kann. Die herrschende[1]) Meinung verlangt dagegen zur Entstehung einer Eigentümerhypothek gültige Einigung und gültige Eintragung. Zwar wurde in der zweiten Kommission beantragt, für den Fall, daß die Unwirksamkeit einer eingetragenen Hypothek aus dem Grundbuch nicht zu ersehen sei, dem Eigentümer das Recht zu gewähren, an Stelle jener eine wirksame Hypothek eintragen zu lassen; aber die Majorität lehnte diesen Antrag ab, weil er eine Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek darstelle; ein praktisches Bedürfnis zu solcher Erweiterung der Rechte des Eigentümers liege nicht vor.[2]) Der Antrag ist denn auch im Gesetz nicht aufgenommen worden, so daß der Wille des Gesetzgebers wohl nicht zu verkennen ist. Die Begründung jenes ablehnenden Beschlusses, daß kein praktisches Bedürfnis vorliege, wird von Kindel und Dernburg als voreilig verworfen.[3]) Kindel wendet ein, daß es undurchführbar sei, vom Verkehr verlangen zu wollen, daß sich der Erwerber um die Gründe kümmern müsse, aus denen der Eigentümerzedent die Hypothek für sich beansprucht. Jener müsse sich vielmehr auf die formale Legitimation verlassen können. U. E. hat der Zessionar auch nach herrschender Ansicht keine Prüfungspflicht; denn unter „formaler Legitimation“ kann Kindel doch nur verstehen, daß die Hypothek auf den Namen des Eigentümers umgeschrieben ist. In diesem Falle schützt ihn aber der „gute Glaube“ des Grundbuches.[4]) Dagegen ist freilich

[1]) Vergl. Kretzschmar S. 538/39; Planck S. 635, 637, Bem. 2; Güthe I S. 473; Staudinger § 1163 II 1 S. 794.

[2]) Prot. III 601 ff.

[3]) Festgabe für Koch S. 102; Dernburg S. 731.

[4]) Vergl. Planck 637, Anm. 2 zu § 1163.

Dernburgs Einwand berechtigt, daß es zu schwierigen Streitigkeiten führen könnte, z. B. darüber, ob die Anfechtung des Eigentümers nur die Forderung oder auch die dingliche Einigung betreffe, ob nur jene oder beide durch Betrug, Zwang usw. veranlaßt seien.[1]) Auch liegt in Dernburgs Unterscheidung gewiß eine Unbilligkeit. An weiteren Unbilligkeiten und Inkongruenzen wird unter anderem noch geltend gemacht, daß gar nicht einzusehen sei, weshalb der Eigentümer einrücken solle, wenn bei einer Darlehnshypothek der Gläubiger, ohne Valuta zu zahlen, die Hypothek angenommen, dagegen nicht, wenn er sie abgelehnt habe.[2]) Ferner könne die Einigung beliebig nachfolgen, ohne daß irgendein Endpunkt vorgesehen sei. Daraus ergäben sich starke Zweifel, ob die nacheingetragenen Rechte sofort vorrückten, oder ob sie warten müßten, bis der eingetragene Gläubiger endgültig ablehne. Aber selbst Fuchs gibt zu,[3]) daß diese praktischen Erwägungen nicht entscheidend sein könnten, wie andererseits Planck anerkennt,[4]) daß es ja sehr wünschenswert wäre, zu dem der herrschenden Meinung entgegengesetzten Resultate kommen zu können. Aber es muß bestritten werden, daß diese Theorie sich aus den Bestimmungen des B.G.B. rechtfertigen ließe.

§ 4.

Unter den Gegnern unserer Anschauung ist in erster Linie Oberneck zu nennen.[5]) Dieser will für seine Ansicht den Nachweis erbringen, indem er einmal das Prinzip der festen Prioritäten in den Bestimmungen des B.G.B. aufzeigen will, bezw. seine Wertsteilstheorie daran entwickelt. Dann versucht er aber auch mit besonderen Gründen nachzuweisen, daß in der Tat bei nichtiger oder fehlender Einigung eine Eigentümergrundschuld durch die Eintragung

[1]) Dernburg III S. 731.
[2]) Fuchs S. 521.
[3]) Fuchs S. 521/22.
[4]) Planck, Vorb. 5 zu den §§ 1163—1179.
[5]) Oberneck, R.G.B.R. S. 6 ff.

ipso iure entstanden sei. Aber seine Ausführungen leiden von Anfang an an einem doppelten Fehler. Einerseits hält er das Prinzip der festen Prioritäten und die besonderen Gründe nicht mit der erforderlichen Schärfe auseinander, sondern stützt seine Theorie durch den Hinweis auf die Entstehung einer Eigentümergrundschuld bei fehlender Einigung; andererseits zieht er wieder aus seiner Theorie Folgerungen, die er dann seinen selbständigen Ausführungen einverleibt. Vor allem aber nimmt er seinem theoretischen Argument selbst seine größte Beweiskraft. Offenbar hält er jene besondere Begründung selbst nicht für ausreichend, und um einem drohenden Rückschluß auf die Richtigkeit seiner Theorie vorzubeugen, gibt er zu, man könnte eventuell auch annehmen, daß bei fehlender Einigung kein Wertsteil in Gestalt einer Grundschuld ausgeschieden sei.[1]) Trotz dieses bedenklichen Zugeständnisses glauben wir die Wertparzellentheorie dennoch behandeln zu müssen, da ja nicht ausgeschlossen ist, daß sie auch dann zu Recht besteht, wenn ein besonderer Nachweis dafür nicht erbracht werden kann, daß auch bei nichtiger Einigung die Nachhypothekare nicht aufrücken; denn dies könnte immerhin als Schlußfolgerung aus dieser Theorie gerechtfertigt werden.

Nach Oberneck lautet nämlich das Prinzip der festen Prioritäten:[2]) Jeder Realberechtigte bleibe an den Rang gebunden, der ihm bei der Eintragung zugewiesen sei, vorbehaltlich rechtsgeschäftlicher Abänderungen. Indessen, ein solcher Grundsatz ist im B.G.B. weder ausdrücklich, noch stillschweigend anerkannt. Allerdings muß seinem Verfechter zugegeben werden, daß sich in der geschichtlichen Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert ein allmähliches Vordringen seines Pinzips zeigt, sei es in der Form der Eigentümerhypothek oder anderer Institute, wie z. B. dem der offenen Folie. Der Grundsatz der offenen Folie unterscheidet sich wesentlich von dem der festen Stellen.

[1]) Oberneck S. 44 ff.
[2]) Oberneck S. 13.

„Offenhalten der Folie“ heißt dem Berechtigten das Recht einräumen, über die Stelle zu verfügen. Macht er von diesem Rechte bis zu dem Zeitpunkt, bis zu welchem das Offenhalten angängig ist, keinen Gebrauch, so geht er seines Rechtes verlustig. Deswegen fällt das Verfügungsrecht des Eigentümers — und demzufolge auch seines Gläubigers — fort, wenn das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird. Ebenso ist die Zeit der Offenhaltung für den bisherigen Eigentümer verstrichen, sobald er das Grundstück aufläßt. Die Stelle wird alsdann für den neuen Eigentümer offen gehalten. Derartige Rechtswirkungen treten bei dem Grundsatz der festen Stellen nicht ein. Die feste Stelle wird dem Eigentümer nicht nur offen gehalten, sondern er erwirbt sie vielmehr endgültig, wobei es gleichgültig ist, in welcher Form er sie erwirbt, d. h., ob ihm die Stelle in der Form der Hypothek zufällt oder ob es sich um das in ihm steckende Eigentum handelt. Allein, es geht daraus nicht hervor, daß diese Entwicklung im B.G.B. zum Abschluß gekommen ist, wie ja auch vor dem B.G.B. in den verschiedenen Rechtsgebieten verschiedene Rechtsgrundsätze gegolten haben.

In einigen Fällen haben schon die römischen Quellen eine Sukzession des Eigentümers in ein an der Sache desselben bestehendes Pfandrecht anerkannt,[1]) aber immer nur dann, wenn die Billigkeit es unbedingt erforderte. (Vergl. fr. 30 § 1, 44, 2; fr. 59 pr. 36, 1; l. 1. C. 8, 19; fr. 19, 20, 4.) Aber nicht einmal diese Stellen sind sämtlich unbestritten. Die Wurzeln des Instituts sind vielmehr im Rentenkauf der deutschen Stadtrechte zu suchen. Hier findet man allerdings, wie schon erwähnt, wiederholt ausgesprochen, daß die Rente auf einem Wertsteil des Grundstücks hafte; ja sogar, daß ihre Begründung einen Wertsteil ausscheide. So bestimmte z. B. die Landesordnung von Basel vom 20. Juni 1757 Teil II Titel 3 § 51: „Wann der Schuldner in einer Obligation auf die Überbesserung der

[1]) Bruck S. 2—14; Windscheid-Kipp 1906 I, S. 1249 fg.; Dernburg, Pfandrecht II, S. 571 fg.

eingesetzten Unterpfänder Geld entlehnen und der Gläubiger es ihm geben will, so braucht er keiner ferneren gerichtlichen Fertigung. Wollte aber einer die Überbesserung seiner bereits verpfändeten Güter einem andern ganz oder zum Teil einsetzen, so mag solches durch eine Obligation wohl beschehen, doch, daß die ältere Versatzung ausdrücklich vorbehalten werde, sonsten bei Unterlassung dessen der Schuldner als ein Verhalter werde angesehen werden.[1]) In Basel besteht heute noch der Name „Überbesserungshypothek". War ein Grundstück schon mit einer Rente belastet, so durfte eine fernere Rente nur auf die „Besserung" gelegt werden. Beim Erlöschen der Rente die nachstehenden Renten vorrücken zu lassen, wäre bei diesem System allerdings inkonsequent gewesen.

Diese Entwicklung wurde von der Rezeption unterbrochen; die Gedanken des römischen Pfandrechts wurden in die Prinzipien des Rentenkaufs aufgenommen. In langsamer Entwicklung bauten Hamburg und Lübeck den alten Gedanken aus. In Hamburg wurde dieser Gedanke zuerst von der Praxis in verschleierter Form anerkannt, indem die Hypothek an den Treuhänder aufgelassen wurde, der nur mit Zustimmung des Eigentümers über sie verfügen konnte; im Laufe des 18. Jahrhunderts wurde der Eigentümer bereits als Berechtigter eingetragen. Am 4. Dezember 1868 wurde diese Praxis als Gesetz statuiert.[2]) Ähnlich war die Entwicklung in Lübeck, besonders seit der Stadtbuchsordnung vom 6. Juni 1818 und der Hypothekenordnung vom 22. März 1820,[3]) die 1868 und 1872 dahin abgeändert wurden, daß sich der Eigentümer die Priorität für eine von ihm bestimmte Summe durch Eintragung derselben auf seinen eigenen Namen vorbehalten und einen bezahlten Posten auf seinen Namen umschreiben lassen durfte. In Bremen endlich wurden die Rentenbriefe seit dem Gesetz von 1656 als sogenannte „Handfesten"

[1]) R.Q. Basel Bd. II S. 336.
[2]) Hamb. Gesetzessammlung 1868, S. 88 ff.
[3]) Bruck S. 22.

sogar Inhaberpapiere, die über den ausgeschiedenen Wertsteil lauteten. Unter Handfesten versteht das Bremer Stadtrecht Urkunden, die über einen Rentenkauf aufgenommen sind. Das Gesetz von 1656 führte ein Handfestenbuch ein, in das ein jeder seine „in Händen habenden gerichtlichen Scheine" eintragen lassen sollte, trotzdem aus der Urkunde selbst zu erkennen war, welche Belastungen des Grundstücks vorgingen. Infolge dieses Schutzes des ersten Pfandgläubigers gegenüber dem zweiten hat sich hier auch bald die Möglichkeit herausgebildet, eine Handfeste auf den Namen des Grundstückseigentümers ausfertigen zu lassen, da ja, wie gesagt, nur ein bestimmter Wertsteil des Grundstücks haftete. Eine Hypothek dagegen ging unter, wenn der Eigentümer den immer auf den Namen lautenden Brief erwarb. Seit den Gesetzen vom 19. Dezember 1833 und 30. Juli 1860 wurden beide Gesetze dahin verschmolzen, daß die Hypothek formell an den ihr in dem Briefe eingeräumten Platz gebunden war.[1])

Die Gedanken des lübischen Rechts drangen in Mecklenburg ein, wo sie im „Lokusprinzip" eine dem modernen Schweizerrechte ähnliche Ausprägung erfuhren. Nach diesem System der offenen Stellen entschied für die Priorität eines Rechtes die „räumliche Aufeinanderfolge der Einträge, die Stelle des Eintrags im Buche, und durch das Erlöschen der Hypothek eines vorgehenden Gläubigers erlangten die nachstehenden Gläubiger kein Recht, aus dem Teil des Werts, der der erloschenen Hypothek zugewiesen war, befriedigt zu werden."[2]) Der Eigentümer konnte bestimmte Folien für unbekannte Gläubiger offen halten; aber im Konkurs- und Zwangsversteigerungsverfahren wurden nur die „ausgeprägten Folien" berücksichtigt. Ebenso die §§ 813 bis 815 der Schweizerischen Zivilgesetzgebung vom 10. Dezember 1907. Wenn auch schon diese Bestimmungen den Geist der selbständigen Hypothek verrieten, so ist doch

[1]) Bruck S. 33.

[2]) v. Meibom S. 259 ff.

erst die revidierte Hypothekenordnung von 1848 in diesem Sinne bahnbrechend und vorbildlich geworden.

Noch mehr hatten sich das bayrische, hessische, württembergische und nassauische Recht den altdeutschen Gedanken entfremdet, während das sächsische Recht die Eigentümerhypothek zwar kannte, ihr aber im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung keine Geltung verlieh.

In München bildete sich im 14. Jahrhundert als Rentenkaufgeschäft das sogenannte Ewig-Geld aus. Es wurde in der Regel nur an Grund und Boden und den daraufstehenden Gebäuden, selten an ideellen Teilen von Immobilien bestellt. Die Bestellung mehrerer Renten nacheinander auf einem Grundstück oder die Weiterverpfändung des Grundstücks „unschedlich" dem Gültrecht, war nicht verboten.[1]) So heißt es an einer Stelle des Gerichtsbuchs von 1401, Fol. 70: „und ob der vorg. Klaus die Häuser anders iemant versetzen oder verkaufen wollt, das süll im an seinem ewigen gelt unschedlich sein."[2]) Die erlöschende Wirkung der Konsolidation tritt ipso iure ein.

Demgegenüber hat das Bayrische Hypothekengesetz von 1822 für die Provinzen rechts des Rheins den römisch-rechtlichen Standpunkt festgehalten. Nicht nur ein bestimmter Wertsteil des Grundstücks ist verpfändet, sondern das ganze Grundstück. Die nachstehende Hypothek rückte von selbst vor, sobald aus irgend einem Grunde eine Hypothek wegfiel. Da dieser Vorgang für die Eigentümer sehr unbillig und ungerecht war, so wurde im § 84 dieses Gesetzes dem Eigentümer gestattet, den Rang der erloschenen, aber im Hypothekenbuch noch nicht gelöschten Hypothek einem andern einzuräumen. Außerdem bestimmte der § 150 zugunsten des Eigentümers, „daß, wenn sich der Schuldner bei einer Forderung das Recht vorbehalten hatte, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen, oder wenn er derselben nur einen bestimmten Platz zugestanden hatte, bei dem Eintragen der-

[1]) Monumenta boica Bd. XX S. 489; Bd. XXI S. 320.

[2]) Vergl. Bruck S. 43 fg.

selben Hypothek die vorbehaltene Hypothek unter ihrer eigenen Nummer und mit einer bestimmten Summe vorgemerkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt und in der letzten Kolonne bemerkt werden muß, so daß nur die Benennung des Gläubigers vorbehalten bleibe. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und Name des Gläubigers eingetragen.“ Auf seinen eigenen Namen darf der Eigentümer also keine Hypothek an der freien Stelle eintragen lassen. Die Hypothek entsteht außerdem erst mit Benennung des neuen Gläubigers und Eintragung; erfolgt eine Versteigerung des Grundstücks, bevor der neue Gläubiger genannt und im Hypothekenbuche eingetragen ist, so wird dieser offene Rang so angesehen, als wenn er niemals vorhanden und vorbehalten gewesen wäre, d. h., die nachstehenden Gläubiger rücken ohne weiteres vor. Eine Eigentümerhypothek kennt also das Bayrische Recht nicht. Anders ist es in Sachsen.

Das sächsische Pfandgesetz vom 6. November 1843[1]) gestattete dem Eigentümer, falls Eigentum und Hypothek sich in einer Hand vereinigte, zu verlangen, daß ihm die Forderung zediert werde; er war berechtigt, sich dann als Inhaber der abgetretenen Forderung eintragen zu lassen und diese auch dann weiter zu zedieren (vgl. §§ 117, 119 d. zit. Ges.). Wurde aber, bevor er von diesem Rechte Gebrauch machte, der Konkurs eröffnet, so hatte er so wenig wie seine Gläubiger ein Recht, den Nachhypothekaren gegenüber den bestimmten Betrag auszusondern.[2])

Ähnliche Bestimmungen finden sich dann im sächsischen B.G.B. §§ 441—444. Nunmehr brauchte sich der Eigentümer diese Forderung nicht erst zedieren zu lassen, sondern konnte sie bald auf seinen Namen umschreiben lassen. Aber auch hier verlor er dieses Recht, sobald der Konkurs oder die Zwangsversteigerung des Grundstücks eingeleitet war.[3])

---

[1]) G.B. S. 189.

[2]) § 120 des zit. Ges.

[3]) § 444 B.G.B. für Sachsen.

In Preußen hat sich auch erst ganz allmählich das Institut der Eigentümerhypothek entwickelt. Schon um 1600 war in Ost- und Westpreußen der Rechtssatz in Gültigkeit, daß das Pfandrecht nur einen bestimmten Wertsteil des Grundstücks ergreift. So gestattete schon das Kulmer Recht Buch III, 139 „dy besserunge hoben den tzyns zu verpfänden" und es verlangte nur die ausdrückliche Angabe, wie hoch das erste Pfandrecht wäre.[1]) In Danzig heißt jede zweite und weitere Hypothek „Verbesserung", während die erste „Pfennigzins" genannt wird. Es findet sich also in den einzelnen Provinzen Preußens bis zum Ende des 18. Jahrhunderts des öfteren der deutschmittelalterliche Grundsatz, daß für die zweite und weitere Hypothek nur der Mehrwert des Grundstücks haftet und daß der Berechtigte auf den ihm zugewiesenen Wert des Grundstücks beschränkt bleibt.

Auch im schleswig-holsteinischen und lauenburgischen Recht war die Weiterverpfändung bei Strafe verboten, wenn nicht eine „Verbesserung", ein Mehrwert zur Sicherheit vorhanden war.[2]) Das landgerichtliche Schuld- und Pfandprotokoll vom 23. Dezember 1796 und die Schuld- und Pfandprotokollordnung für das Herzogtum Lauenburg vom 26. Mai 1860 gestattete die „Delierung", d. h. Tilgung einer Hypothek vor und hinter der Linie. Wird „vor der Linie deliert", d. h. bleibt die Kapitalsumme, für die das Pfandrecht eingetragen wurde, stehen, so hat der Inhaber des Foliums die Befugnis, den dadurch erledigten Platz mit einem neuen Protokoll bis auf eine Summe gleicher Höhe ausfüllen zu lassen.[3]) Geschieht dagegen die Delierung hinter der Linie, d. h. wird die Kapitalsumme mit durchstrichen, so rücken die später eingetragenen Gläubiger in die offen gewordene Stelle vor, und der

[1]) Vergl. Bruck S. 73 fg.

[2]) Stadtrecht von Lauenburg 1599.

[3]) § 17 des Protokolls vom 23. Dezember 1796; § 16 der Protokollordnung vom 26. Mai 1860.

Foliuminhaber verliert damit das Recht, einem andern Gläubiger den Vorrang einzuräumen.[1])

Endlich haben die Gesetze vom 27. Mai 1873 und vom 8. Juni 1896 bestimmt, daß der Eigentümer über leere von ihm vorbehaltene Hypothekenstellen und über die „vor der Linie getilgten" Hypotheken wie über die Eigentümerhypothek verfügen kann.[2])

Im Gebiete des preußischen A.L.R. haben die Gerichtsbehörden schon vor Erlaß des A.L.R. die bezahlten, aber im Hypothekenbuch noch nicht gelöschten Hypotheken als durchaus geeignet angesehen, durch Zession weiter übertragen zu werden.[3]) In den landschaftlichen Pfandbriefen, welche den Charakter von Inhaberpapieren hatten, war bereits das sogenannte Eigentümerpfandrecht anerkannt. Vermöge der Einrichtung der Hypotheken- und Grundbücher ging die Hypothek in der Regel nur durch ihre Löschung in diesen Büchern zugrunde. Dieser Rechtsgedanke wurde dann festgelegt im „Anhangsparagraphen",[4]) der allerdings die Möglichkeit der Eigentümerhypothek noch sehr einschränkte. Diese Beschränkung wurde durch die Deklaration vom 3. April 1824 in einigen Fällen aufgehoben. Diese bestimmte, daß der eben zitierte Anhangsparagraph 52 auch dann angewendet werden sollte, wenn die durch Hypothek gesicherte Forderung durch Zahlung vom Eigentümer getilgt worden sei und dieser die Post im Hypothekenbuche nicht habe löschen lassen. Diese Bestimmung setzte sich ebenso, wie die des § 52, in offenen Widerspruch mit der grundsätzlich akzessorischen Natur der Hypothek des A.L.R. „Wenn man auch der Hypothek eine selbständige Fortdauer nach dem Wegfall der Obligation einräumen wollte, so widersprechen diese Bestimmungen doch dem von der ältereu Theorie sonst festgehaltenen Grundsatz, daß dem Eigentümer an seiner

[1]) eod. eod.
[2]) §§ 22, 23 Ges. von 1873, § 50 Ges. von 1896.
[3]) Eccius in Gruchot 48 S. 438.
[4]) Vergl. A.L.R. Anh. § 52, zu § 481 I, 16.

Sache nicht ein besonderes dingliches Recht zustehen kann.[1]) U. E. suchte der Anhangsparagraph 52 und die oben zitierte Deklaration aus Gründen der Publizität und der Sicherheit des Verkehrs die von den Römern nur vereinzelt unternommenen Versuche, ein Pfandrecht an der eigenen Sache zu konstruieren, zu verallgemeinern. Es ist aber erklärlich, daß aus diesem Widerspruch ein heißer Kampf in Praxis und Literatur entstand und eine befriedigende Lösung gesucht wurde. Die neueren Reformbestrebungen gingen in Preußen auch auf die Abstraktion der Hypothek von dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte aus. Die Realobligation, die nach dem „Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypotheken-Verordnung für Preußen von 1864“ durch die Eintragung einer Forderung selbständig begründet wurde, war nicht an die Existenz und Rechtsgültigkeit, sowie an den Fortbestand des zugrunde liegenden persönlichen Anspruchs gebunden;[2]) sie konnte von vornherein auf den Namen des Eigentümers gestellt und nach Tilgung der Schuld auf seinen Namen umgeschrieben werden.

Aber auch in dieser Theorie von der Realobligation sahen die Gesetzgeber und Juristen einen Widerspruch, „da der Ausdruck eine Obligation, d. h. eine persönliche Schuldverbindlichkeit bezeichnen soll, zu welcher der persönliche Schuldner und die persönliche Schuld fehlt, eine Obligation, bei welcher eine Sache die Rolle der Person übernehmen soll.“[3]) Das Hypothekenrecht mußte also, wie die Motive sagen, in formeller, wie materieller Beziehung tiefgreifend reformiert werden. Dies geschah 1872 in dem Eigentumserwerbsgesetz. Dieses Gesetz brachte aber insofern einen gewissen Rückschlag, als im § 62 das Dogma von dem Vorrücken der Hypotheken beim Fortfall älterer

[1]) Förster-Eccius 1896, III, S. 612,

[2]) Bekker S. 2 ff.

[3]) Preuß. Gesetzentwürfe über Grundeigentum und Hypothekenrecht nebst Motiven. Kgl. Justizminist. 1869, S. 53, 61.

Belastungen ausdrücklich ausgesprochen war, während in den §§ 63 66 nur in vereinzelten Fällen die Entstehung des Eigentümerpfandrechts anerkannt war. Für das Immobiliarsachenrecht hat dieses Gesetz durch die Schaffung zweier Grundstücksbelastungsformen (vergl. E.E.G. § 27) einerseits der geschichtlichen Überlieferung durch Beibehaltung der Hypothek, den praktischen nach einer selbständigen dinglichen Belastung drängenden Bedürfnissen durch das Institut der Grundschuld gerecht zu werden geglaubt und so es jedem ermöglicht, die Form zu wählen, die am meisten seinem Zweck entspricht. Ganz auf dem Boden des E.E.G. stand auch der Entwurf I B.G.B. Aber die zweite Kommission erweiterte die Fälle des Einrückens des Eigentümers so stark, daß in der Tat zweifelhaft sein kann, ob nicht ein allgemeines Prinzip den einzelnen Bestimmungen über die Entstehung der Eigentümerhypothek zugrunde liegt.

Wenn aber auch die geschichtliche Entwicklung für die Beurteilung der Bestimmungen des B.G.B. von großer Bedeutung ist, so kann doch die Entscheidung über die Aufnahme des Prinzips im letzten Grunde nur dessen eigenen Bestimmungen entnommen werden. Das verkennt Oberneck auch keineswegs. Deshalb beruft er sich besonders auf die Gestaltung der Vorrangseinräumung und des Rangvorbehalts in den §§ 880, 881 und vor allem auf die umfassende, ausdrückliche Einführung des Eigentümerpfandrechts. Aber was er in ersterer Beziehung vorbringt, kann u. E. zum Teil nicht als richtig, zum andern Teil nicht als beweiskräftig angesehen werden.

Sein erstes Argument entnimmt er also dem § 880, nach dem zu einer Rangänderung zweier Pfandrechte die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist.[1]) Daraus erhelle, daß dessen Recht an dem in der Hypothek steckenden Wertsteil „selbständig und unanfechtbar“ sei. Ferner werde die Wirkung der Vorrangseinräumung nicht dadurch be-

[1]) Oberneck S. 14/15.

einträchtigt, daß das zurücktretende Recht etwa nicht bestehe. Diese Bestimmung sei nur erklärlich bei Annahme seiner Theorie.

U. E. fließt die erste Bestimmung daraus, daß der Eigentümer die Anwartschaft hat, durch Rangänderung leicht ein wertloses Recht erwerben zu können. Will Oberneck mit dem Ausdruck „selbständiges und unanfechtbares Recht" des Eigentümers nicht mehr sagen, so ist nicht zu ersehen, was daraus für seine Theorie folgen solle, da doch unbestritten in den weitaus meisten Fällen der Eigentümer kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift in eine gültige Hypothek beim Erlöschen des Gläubigerrechts sukzediert. Was die zweite Behauptung anbetrifft, so ist sie keineswegs unbestritten. Planck nimmt vielmehr an, daß bei Nichtigkeit des zurücktretenden Rechts die Rangänderung ohne Wirkung sei.[1])

Die Vertreter der Oberneckschen Ansicht, Fuchs und Kretzschmar,[2]) leiten sie aus dem „guten Glauben" des Grundbuchs her. Oberneck ist für seine Aufstellung also entweder den Beweis schuldig geblieben, oder er hat die nächstliegende Erklärung übersehen. Wir können also nicht anerkennen, daß aus § 880 B.G.B. ein wesentliches Argument für Oberneck entnommen werden kann. Dasselbe gilt für § 881; denn ein Rangvorbehalt setzt doch immer einen Vertrag voraus. Wenn Oberneck aber sagt, wie im § 881 durch Vertrag, erfolge sonst die Festlegung auf einen bestimmten Platz de lege durch die Eigentümergrundschuld,[3]) so ist das an sich richtig, folgt aber aus einer besonderen Bestimmung. Ebensowenig kann er sich auf die §§ 1183 B.G.B. und 29 G.B.O. berufen, nach denen die Hypotheken nicht vorrücken, wenn eine voreingetragene Belastung zu Unrecht gelöscht ist. Es ist selbstverständlich gar kein Grund vorhanden, weshalb eine ungültige Löschung den

[1]) Planck S. 106.

[2]) Fuchs S. 96 Anm. 7 d, bb; Männer S. 66; Kretzschmar S. 81 Anm. 3.

[3]) Oberneck S. 15.

Eigentümer seines Rechtes berauben sollte. Es bleibt also nur noch die Tatsache übrig, daß in fast allen Fällen des Wegfalls des Gläubigers dem Eigentümer die Post zufällt. Das ist richtig, folgt aber eben aus ausdrücklicher, erschöpfender Gesetzesbestimmung.

Die Oberneck zum Beispiel von Bruck[1]) entgegengehaltene Vorschrift, daß sich der Eigentümer nach § 11 zur Löschung einer Post verpflichten kann, will er damit entkräften, daß er selbstverständlich auch zugunsten anderer über das anfallende Recht verfügen kann. Damit stelle der Eigentümer seinen Wertsteil allen folgenden Realgläubigern zur Verfügung.[2]) Um diese Anschauung durchzuführen, müßte man annehmen, daß sie an diesem Wertsteil gleich wie am Grundstück berechtigt sind, jeder seinem Range nach. Diese Konstruktion erscheint unnatürlich. So scheint auch Brucks Behauptung unbegründet, daß der Eigentümer nicht verpflichtet sei, das Vorrücken der Nachhypothekare zu dulden. Wenn es auch nicht, wie im E.E.G. § 62, ausdrücklich ausgesprochen ist, so folgt es doch daraus, daß das Gesetzbuch alle Fälle, in denen er nicht dazu verpflichtet ist, einzeln, und wie wir behaupten, erschöpfend aufzählt. Außerdem muß Oberneck selbst zugeben, daß z. B. bei Gesamtbelastungen die nachstehenden Realgläubiger doch vorrücken. Diese Bestimmung als Singularvorschrift zu bezeichnen, erscheint uns doch sehr bedenklich. Wenn er aber sich gar genötigt sieht, zu einer Fiktion zu greifen, um diese Regelung doch dem System einzuordnen, so spricht vielleicht das noch mehr gegen das System. Bei der Gesamtbelastung würde der Wille der Kontrahenten, sagt Oberneck,[3]) dahin unterstellt, daß gegebenenfalls die mitbelasteten Grundstücke nur anteilsweise haften sollen und die Differenz zwischen der eingetragenen Summe und den Hauptanteilen den nachstehenden Gläubigern zustehen solle. Diese Deduktion

[1]) Bruck S. 135.
[2]) Oberneck S. 17.
[3]) Oberneck S. 18.

scheitert u. E. an § 1173 B.G.B., wonach bei Befriedigung des Gläubigers durch einen Eigentümer dieser die ganze Hypothek an seinem Grundstück erwirbt, die an den anderen ganz erlischt. Oder soll man etwa die sämtlichen Möglichkeiten der §§ 1172 und 1176 B.G.B. als eventuellen Willen der Kontrahenten unterstellen?

Am meisten Schwierigkeiten macht ihm seine Theorie bei der Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek bei fehlender Einigung.

Oberneck [1]) erkennt an, daß hier ein Vorrücken der Nachhypothekare stattfinden könnte. Zur Entkräftung dieses Gegenarguments will er dann annehmen, daß eine gültige Ausscheidung des Grundstückswertsteiles nicht stattgefunden habe. Diese Ausführungen sollen Oberneck die wesentliche Grundlage bieten, um in Verein mit den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes über die Entstehung der Eigentümerhypothek und -grundschuld das Prinzip der festen Prioritäten im B.G.B. nachzuweisen. Seiner Ansicht nach liegt allen diesen Bestimmungen folgender allgemeine Rechtssatz zugrunde: Eine jede Grundkreditbelastung und jede Unterart derselben wird mit zwingender Kraft zur Eigentümerhypothek, sobald der eingetragene Gläubiger materiell kein Recht auf den rechtsgültig formell für ihn ausgeschiedenen Wertsteil hat. [2])

Wäre dieser Grundsatz richtig, so könnte man allerdings zugestehen, daß der Theorie Obernecks der Umstand nicht im Wege steht, daß bei nichtiger Eintragung die Hypotheken doch vorrücken. Freilich liegt streng genommen schon hierin eine Abweichung von dem Prinzip der festen Prioritäten, das mit ganz anderer Schärfe in den §§ 813, 814 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 zum Ausdruck gelangt ist. [3]) Aber der Grundsatz, daß

[1]) Oberneck S. 18, 44 ff.

[2]) Oberneck S. 16.

[3]) § 813. Die pfandrechtliche Sicherung ist auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird. Grundpfandrechte können in zweitem oder beliebigem Rang errichtet

eine unter Verletzung der gesetzlichen Formvorschriften vorgenommene Rechtshandlung wegen der Erkennbarkeit dieses Mangels schlechthin überhaupt keine Wirkung zu äußern vermag, ist auch an anderen Stellen des B.G.B. zum Ausdruck gebracht worden [1]) und vermöchte diese eine Ausnahme wohl zu rechtfertigen. Zudem muß man zugeben, daß Oberneck [2]) nicht unbedingt auf die Stelle der Hypothek pocht, sondern nur das materiell-rechtliche Prinzip verficht, nach dem der einmal ausgeschiedene Wertsteil dauernd ausgeschieden bleibt. Und er mag darin recht haben, daß bei formfehlerhafter Eintragung eine solche Ausscheidung nicht erfolgt ist, daß also ein Vorrücken gar nicht stattfindet, die Hypothek eben nur den ersten Wertsteil ausgeschieden hat, wenn sie auch an zweiter Stelle hinter einer formell nichtigen steht. Aber auch mit dieser Beschränkung kann Oberneck den ihm obliegenden Nachweis nicht führen. Der wesentliche Teil seiner Ausführungen ist der Widerlegung der gegen seine Theorie erhobenen Bedenken gewidmet, und vielleicht gelingt es ihm auch, das eine oder andere Argument zu entkräften. Es muß jedoch selbstverständlich daran festgehalten werden, daß nicht die Gegner seine Theorie zu entkräften haben, sondern er sie zu beweisen hat. In dieser Beziehung vermag er aber eigentlich nur die Regelung der Eigentümerhypothek im Zwangsversteigerungsverfahren anzuführen, wenn man von der Berufung auf das Verkehrsbedürfnis absieht. In der Berücksichtigung der Eigentümerhypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots und in der Liquidationsbefugnis des Subhastaten, weil die

werden, sobald ein bestimmter Betrag als Vorgang bei der Eintragung vorbehalten wird.

§ 814. Sind Grundpfandrechte verschiedenen Ranges auf ein Grundstück errichtet, so hat bei Löschung eines Grundpfandes der nachfolgende Grundpfandgläubiger keinen Anspruch darauf, in die Lücke nachzurücken.

[1]) Vergl. z. B. §§ 1244, 1344 Abs. 2, 1345, 2 u. a.

[2]) Oberneck S. 18.

Eigentümerhypothek nicht in das geringste Gebot fällt, sieht er einen Beweis dafür, „mit welcher Schärfe das B.G.B. das System des festen Ranges ausgebildet hat.“ [1]) Diese Berufung auf das Zwangsversteigerungsgesetz muß gegen Kindel[2]) als richtig anerkannt werden. Denn Kindel folgert aus seiner Theorie der Eigentümerhypothek, daß die durch die Bestellung ausgeschiedenen Eigentumsbefugnisse ins Eigentum zurückkehren, sobald der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Daraus folgert er allerdings logisch weiter, daß folglich auch die Eigentümerhypothek im Zwangsversteigerungsverfahren nicht zu ungunsten der Realgläubiger bestehen bleiben oder geltend gemacht werden darf. Aber gegen diese Konstruktion ist doch einzuwenden, daß sie zu gekünstelt erscheint, als daß man sie für das B.G.B. annehmen könnte. Mit diesem Hinweis hat Oberneck also in gewissem Sinne Recht. Denn es ist keineswegs lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob in der Zwangsversteigerung der Subhastat den Betrag seiner Eigentümerhypothek für sich liquidieren kann und die Realgläubiger mithin auf die Pfändung dieser seiner Rechte angewiesen sind, oder ob man die Eigentümerhypothek als nicht bestehend behandelt. Denn folgt man der zweiten im § 815 der Schweizerischen Zivilgesetzgebung zum Gesetz erhobenen Regelung,[3]) so könnte unter Umständen ein Realberechtigter, dem der Eigentümer nicht zugleich persönlich haftet, durch das Vorrücken einen unbegründeten Vorteil erlangen. Wenn das Gesetz eine solche Bereicherung der nachstehenden Gläubiger in jedem Fall zu verhindern sucht, so führt es damit das in der Eigentümer-

[1]) Oberneck S. 18.

[2]) Festgabe für Koch S. 87.

[3]) § 815: Ist ein Grundpfandrecht ohne Vorhandensein eines vorgehenden im späteren Rang errichtet, hat der Schuldner über einen vorgehenden Pfandtitel nicht verfügt oder beträgt die vorgehende Forderung weniger als eingetragen ist, so wird bei der Pfandverwertung der Erlös aus dem Pfande ohne Rücksicht auf die leeren Pfandstellen den wirklichen Pfandgläubigern nach ihrem Range zugewiesen.

hypothek zum Ausdruck gelangende Prinzip allerdings mit Schärfe durch. Aber freilich muß die Einschränkung gelten, soweit es eine Eigentümerhypothek entstehen läßt.

Diese Ausführungen beweisen also nicht das Mindeste dafür, daß auch in den vom Gesetze nicht ausdrücklich geregelten Fällen eine Eigentümerhypothek entstehen müßte. Eigentlich ist damit auch die Wertparzellentheorie erledigt, da sie, soweit ich sehe, in unlöslichem Zusammenhange mit dem Prinzip der festen Prioritäten von Oberneck entwickelt ist.

Auf den Gedanken einer Wertstheorie ist zunächst von der Hagen gekommen,[1]) der die Eigentümerhypothek darauf zurückführen will, daß Gegenstand des hypothekarischen Rechts nicht das Grundstück in seiner individuellen Gestalt, sondern der Wert der Sache sei. Dieser Wert sei zwar dem ersten Gläubiger, soweit er zu seiner Befriedigung reiche, ganz verpfändet; das Recht der Nachhypothekare gehe indessen nur auf den Überschuß. Abstrakt dargestellt, haftete also dem prior und posterior creditor ein verschiedenes Objekt. Diese Lage werde auch dadurch nicht verändert, daß ein prior aus dem hypothekarischen Verhältnis ausscheide, vielmehr werde dieser Wert mangels eines stärkeren Rechts des posterior freies Eigentum des Grundstücksbesitzers. Dieser Gedanke hat schon im früheren Recht Anhänger gefunden[2]) und auch Oberneck die Veranlassung zu seiner Wertstellentheorie gegeben.

Wenn auch, wie oben gesagt, diese Theorie nach Oberneck und dem Reichsgerichte mit der Ablehnung des Prinzips der festen Prioritäten fällt, so sollen doch bei der Behandlung dieser Wertstellentheorie auch noch positive Gegengründe gegen das Prinzip vorgebracht werden.

Die Wertparzellentheorie zerlegt das Grundstück, oder vielmehr dessen Wert in einzelne Wertparzellen, an denen die Hypothek haftet.[3]) Freilich will Oberneck insofern

[1]) v. d. Hagen 1836 S. 31 ff.

[2]) Vergl. Kohler § 5 in v. Holtzendorffs Enz. S. 615 f.

[3]) Oberneck S. 19 ff.

eine Belastung des ganzen Grundstücks annehmen, als nach § 1147 B.G.B. der Gläubiger das Eigentum am ganzen Grundstück zur Vernichtung bringen könne. Es muß zweifelhaft erscheinen, ob man bei dieser Konstruktion die Hypothek noch dergestalt als ein dingliches Recht konstruieren kann, daß die Vorschriften sich rechtfertigen ließen, die dem Gläubiger bei Devastation des Grundstücks eine Klage auf Unterlassung geben. Wenn Oberneck dagegen einwendet, der Wert sei nichts vom Grundstück Verschiedenes, so ist das an sich richtig, aber zur Begründung der Devastationsklage nicht ausreichend.[1]) Ferner findet die Zerlegung des Grundstücks in einzelne Wertparzellen keineswegs eine Stütze in der Geschichte. Denn es ist nicht richtig, daß sich die moderne Hypothek aus dem Rentenkauf entwickelt hat. Das würde höchstens für die Grundschuld passen. Die Hypothek steht, wie schon oben erwähnt, der jüngeren Satzung viel näher. Das Erfordernis einer Schuld neben der Haftung hat aber die Satzung niemals aus sich ausgeschieden, während doch die Wertsteilstheorie mehr oder weniger klar darauf verzichtet.[2])

Außer diesem sehr gewichtigen Argument läßt sich mit Dernburg[3]) anführen, daß ja der Wert, zumal der im Versteigerungsverfahren sich ergebende Wert, doch einmal erschöpft ist, daß folglich die Hypothek eventuell an nichts haftete. Ja, vielleicht wird man mit Kindel[4]) bestreiten können, daß der Wert überhaupt ein juristischer Begriff ist. Denn Rechtsobjekt ist nach den §§ 90, 93 B.G.B. nur die ganze Sache. Ist das zu leugnen, so hafteten die Hypotheken an nichts, wären also selbst nichts.[5])

Wenn Oberneck[6]) gegen Dernburg erklärt, die Parteien könnten den Wert des Grundstücks durch Vereinbarung

[1]) Ecks Vorträge II S. 309/10.
[2]) Vergl. Gierke S. 851, 858.
[3]) Dernburg S. 690.
[4]) Kindel S. 77.
[5]) Vergl. Hirsch S. 232.
[6]) Oberneck S. 21.

festsetzen, so ist das eine ganz unmögliche Konstruktion. Der Wert ist eine Beziehung der Menschen zur Sache, also von dem Einzelnen ganz unabhängig. So nennt Oberneck[1] ihn selbst die juristische Substanz des Grundstücks in Ansehung der Wertrechte. Das ist ein völliger Widerspruch zu der Aufstellung, daß die Parteien den Wert nach freiem Ermessen bestimmen können. Vor allem müßte aber an dem Grundsatz der Pfandunteilbarkeit festgehalten werden. Schon die Motive zum E.E.G. haben mit der damals herrschenden Meinung die Theorie von der Wertparzelle, als dem eigentlichen Objekte der Hypothek, abgelehnt, da aus dem § 30 E.E.G. klar hervorgehe, daß das ganze Grundstück dem Gläubiger hafte. Oberneck weist demgegenüber freilich darauf hin, daß die Hypothek des B.G.B. keineswegs allgemein als Pfandrecht anerkannt ist. Aber erstens spricht die Geschichte dafür, und dann ist auch wohl die Majorität der Schriftsteller[2]) bereit, sie einem allgemeinen Pfandrechtsbegriff unterzuordnen. Die Liquidationsbefugnis des Eigentümers im Zwangsversteigerungsverfahren dürfte wohl nur auf Grund der Oberneckschen Theorie der Eigentümerhypothek hierher gehören. Sieht man sie als Pfandrecht an, wie z. B. Dernburg,[3]) so unterbricht ihre Stellung den Grundsatz der Pfandunteilbarkeit in keiner Weise.[4]) So wenig wie die Anführung des Rangvorbehalts können andere gar nur obligatorische Wirkungen einen Gegenbeweis bilden. Daß der Grundsatz im allgemeinen anerkannt ist, darüber vergleiche z. B. Fuchs und Hirsch.[5]) Ferner dürfte es Oberneck nicht gelungen sein, Ecks Gegenargument[6]) zu entkräften, daß die Eigentümerhypothek bei seiner Konstruktion subjektiv dinglich wäre. Jedoch will dieser Einwand nicht zuviel besagen.

[1]) Oberneck S. 21.

[2]) Vergl. Endemann II § 112; Planck S. 516/17; Dernburg § 206; Gierke S. 838, § 150.

[3]) Dernburg § 220.

[4]) Vergl. auch noch Gierke § 166.

[5]) Fuchs S. 520; Hirsch S. 234.

[6]) Ecks Vorträge II S. 310/11.

Immerhin glauben wir auf Grund des Angeführten, die Wertparzellentheorie, oder wie Oberneck in seiner neuesten Auflage seiner R.G.B.O. sie nennt, die Wertstellentheorie[1]) und das Prinzip der festen Stellen für das Recht des B.G.B. nicht anerkennen zu können. Mithin ist auch jede Folgerung aus diesen beiden Theorien für die Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek beim Fehlen der Einigung ausgeschlossen.

Oberneck begründet nun zwar für diese Möglichkeit seine Entscheidung besonders, aber diese Argumente können allein nicht als beweiskräftig angesehen werden.

Er richtet seinen Angriff zunächst gegen den Ausgangspunkt der herrschenden Lehre, daß der Eigentümer nur in eine gültige Hypothek sukzedieren könne. Er gibt zu, daß diese Aufstellung eine logische Folge der herrschenden Konstruktion der Eigentümerhypothek wäre. Er[2]) aber sieht in der Eigentümergrundschuld nur den in das Eigentum zurückgekehrten, bei der Bestellung durch die Eintragung verselbständigten, losgelösten Bestandteil des Eigentums. (Im wesentlichen ebenso Kindel, S. 102 f., Goldschmidt, Arch. für bürg. Recht, Bd. 20, S. 15, 16, 29.) Daraus folge, daß nur die geringsten Voraussetzungen — die des § 1196 B.G.B. — für die Schöpfung eines Eigentümerpfandrechts vorzuliegen brauchten. Er gibt zu, daß in der Bewilligung einer Fremdhypothek nicht gemäß § 140 B.G.B. für den Fall, daß der Gläubiger die Hypothek ablehnt, der Antrag, die Hypothek als Grundschuld für den Eigentümer einzutragen, gefunden werden könne.[3]) Aber der Eigentümer könne auch beliebig später beim Grundbuchamte den Antrag stellen, statt des eingetragenen Gläubigers selbst eingetragen zu werden. Dieser Antrag könne auch stillschweigend erfolgen.

U. E. ist das nicht richtig, da wir seine Konstruktion der Eigentümerhypothek nicht anerkennen. Derselben

[1]) Oberneck S. 19.
[2]) Oberneck S. 44 ff.
[3]) Vergl. K.G. Bd. 27 A. S. 128.

Meinung waren z. B. Planck, Fuchs, Gierke.[1]) In der Ausführung, die sie bei Oberneck erfahren hat, steht sie auch mit der Wertstellentheorie in unlöslichem Zusammenhange, mit deren Ablehnuug sie also auch fällt.

Gegen die herrschende Lehre macht Oberneck[2]) ferner geltend, daß der Antrag, der in der zweiten Kommission gestellt wurde, auch eine versehentliche Eintragung des Grundbuchamtes als Entstehungsgrund der Eigentümerhypothek anerkannt wissen wollte, und daß dieser Antrag hauptsächlich deshalb abgelehnt worden sei. Aber die Kommission hat doch immerhin absichtlich eine derartige Bestimmung in das Gesetz nicht aufgenommen.

Aus diesen Gründen glauben wir Obernecks Ausführungen nicht für überzeugend ansehen zu können.

Dasselbe muß aber auch von den Fuchsschen Argumenten[3]) gelten, dessen Hauptargument die schon oben abgelehnte Konvertierung, und zwar gesetzliche Konvertierung, des Antrags auf Eintragung eines Gläubigers auf Grund fehlender Einigung in die Eintragung des Eigentümers ist.[4]) Die Vorschrift des § 1196 ist eben durchaus singulär; sie folgt aus der Unmöglichkeit einer Einigung in dem von diesem Paragraphen getroffenen Falle. Jedenfalls verlangt § 1196 auch eine ausdrückliche Erklärung, und als Singularvorschrift muß er streng ausgelegt werden.[5]) Fuchs hebt noch hervor, das Gesetz bringe nirgends zum Ausdruck, daß nur eine gültige Hypothek zur Eigentümerhypothek werden könne. Planck hält ihm am a. O. entgegen, daß § 1163 B.G.B. das auch gar nicht sagen könne, weil ja grade die Nichtexistenz einer Gläubigerhypothek die Voraussetzung für das Entstehen einer Eigentümerhypothek sei. Das Gesetz will aber erschöpfend sein; es führt alle Momente einzeln an, welche die Entstehung einer

[1]) Planck S. 514; Fuchs S. 120, Vorbem. 4; Gierke § 166 S. 921 fg.
[2]) Oberneck S. 46.
[3]) Fuchs S. 520 fg.
[4]) Vergl. R.G. Bd. 70 S. 358.
[5]) Vergl. z. B. Staudinger, Bem. 1a zu § 1163; Planck S. 636.

Gläubigerhypothek hindern und doch zur Eigentümerhypothek führen.

Ein bedeutendes Argument entnimmt Dernburg[1]) dem § 868 Z.P.O. Dieser Paragraph bestimmt, daß eine Zwangshypothek dem Eigentümer zufällt, wenn die Entscheidung, auf Grund deren ihre Eintragung erfolgt ist, aufgehoben wird. Hierin eine Singularität zu sehen, lehnt Dernburg mit der Begründung ab, daß dann das ganze Hypothekenrecht in einzelne Rechtssätze aufgelöst werden würde. Wenn diese Behauptung wohl auch zu weit geht, ist es gewiß bedenklich, zwischen den Vorschriften des B.G.B. und denen der Z.P.O. einen Gegensatz anzunehmen. Aber wir glauben die Bestimmung der Z.P.O. schließlich mit Gründen rechtfertigen zu können, die auf die Entstehungsgründe des materiellen Rechts nicht passen. Die Eintragung einer Zwangshypothek erfolgt gegen den Willen des Eigentümers, und es kann zweifelhaft sein, ob er von dem eingetragenen Gläubiger eine Entschädigung erreichen kann, falls er sich inzwischen gezwungen sah, eine andere Hypothek eintragen zu lassen. Würde dieser Nachhypothekar also vorrücken, so wäre dies sicherlich für den Eigentümer viel unbilliger, als wenn er selbst bei der nichtigen Eintragung mitgewirkt hätte. Auf Grund des § 868 Z.P.O. wendet Dernburg den § 1163 B.G.B. auf unsern Fall an, weil er in den praktischen Erwägungen und in dieser Verschiedenheit der Regelung in der Z.P.O. und dem B.G.B. Gründe zu finden meint, die ihm selbst über die von ihm anerkannte Absicht des Gesetzgebers hinweghelfen.

Auf einem Umwege versucht Crome[2]) die Lehre vom Vorrücken der nachstehenden Gläubiger bei nichtiger Einigung einer vorgehenden Belastung durch die Annahme eines stillschweigenden Rangvorbehalts zu bekämpfen. Wer auf zweite Stelle Geld leihe, führt er aus, könne nicht

[1]) Dernburg S. 731.
[2]) Crome S. 740c und Anm. 31.

darauf rechnen, daß ihm ein besserer Platz zuteil werde. Das erste nichtige Pfandrecht sei als bestehend angenommen worden, und nur eine zweitstellige Hypothek sollte begründet werden. Also dürfte diese Annahme gerechtfertigt sein, wenn nur die Eintragung auf Rechtsgeschäft beruhe.

U. E. ist es immer bedenklich, derartige Abmachungen den Parteien unterzuschieben, wo doch der Geldgeber der wirtschaftlich Mächtigere ist und daher schwerlich in einen ausdrücklichen Rangvorbehalt des Eigentümers einwilligen würde. Prinzipiell läßt sich u. E. freilich gegen Crome nichts sagen. Übrigens erkennt er an, daß die Gegengründe der herrschenden Meinung gegen Fuchs, Oberneck, Dernburg, Schilde usw. stichhaltig sind.[1])

Ahsbahs[2]) führt noch besonders die Vorschrift des § 50 Z.V.G. ins Feld, die anderenfalls kein Anwendungsgebiet hätte, wenigstens sofern man Kindels Theorie der Eigentümerhypothek nicht beipflichte. Die übrigen unwichtigeren Argumente, die wohl noch für und gegen vorgebracht werden, wie z. B. der Hinweis auf die ähnliche Rechtslage, die die §§ 1168, 1169 B.G.B. bieten, können wohl übergangen werden. Prinzipiell wäre etwa noch zu bemerken, daß die Berufung auf die Verselbständigung der dinglichen Rechte, wie sie besonders Oberneck ins Feld führt, an der strengen Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Recht, die in der neuen Reichsgesetzgebung allgemein durchgeführt ist, scheitern muß. Die Bestimmung des B.G.B. über die Entstehung der Eigentümerhypotheken will erschöpfend sein. Wenn Dernburg[3]) bemerkt, dieses Institut trage noch die Eierschalen seiner Entwicklung an sich, so sind solche „Rückständigkeiten“ eben gewollt. Zudem könnte man, wenn man in diesem einen Falle das Erfordernis der Einigung bei einer formell gültigen Eintragung fallen läßt, im Laufe der Entwicklung den ganzen § 873 B.G.B., wenigstens soweit er auf die Grundpfand-

[1]) Crome S. 740 Anm. 27.

[2]) Ahsbahs in Iherings Jahrb. 50, S. 397.

[3]) Dernburg S. 730.

rechte sich bezieht, über den Haufen werfen. Die große Mehrheit der Schriftsteller steht denn auch nicht auf Obernecks und seiner Anhänger Standpunkt.[1])

§ 5.

Voraussetzung für das Entstehen einer Eigentümerhypothek ist eine wirksame dingliche Belastung. Wenn auch nach § 1177 B.G.B. Abs. 1 der Eigentümer die Gläubigerhypothek als Grundschuld erwirbt, so unterscheidet sich doch diese Grundschuld von der des § 1196 B.G.B. darin, daß hier das dingliche Recht auf den Namen des Eigentümers als Eigentümergrundschuld eingetragen ist. Ferner läßt § 1177 Abs. 1 erkennen, daß es sich bei der Eigentümerhypothek nicht um eine ursprüngliche Eigentümergrundschuld handelt, und schließlich ist die Berufung auf § 140 B.G.B. nur dann am Platze, wenn anzunehmen ist, daß die Geltung des § 1196 bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Ein solcher Wille kann aber nicht angenommen werden; „denn der dem wahren Willen entsprechenden Erklärung des Eigentümers, ein hypothekarisches Recht für einen andern zu begründen, kann nicht eine dem wahren Willen zuwiderlaufende Erklärung, ein hypothekarisches Recht anderer Art für sich selbst an eigener Sache zu begründen, unterstellt werden".[2]) Daher steht auch die Rechtsprechung konsequent auf unserm Standpunkt.[3])

[1]) Vergl. Kretzschmar S. 538/39; Planck S. 635, 637, Bem. 2; Turnau - Förster § 1163, II, 1; § 1196, 3; Predari S. 119, 225 f.; 296 f.; Predari im Zentralbl. 5 S. 510; Eccius bei Gruchot 45 S. 456; Biermann S. 372 Erl. 6; Hachenburg Vortr. S. 530, Beitr. S. 15; Hirsch S. 239 Anm. 12, Arch. für bürgerl. Recht 25; Güthe I S. 473; Goldmann - Lilienthal II, 3 S. 316, Anm. 12 zu § 45; Staudinger § 1163, II, 1 S. 794; Kosak § 226; Crome § 474 Anm. 20; Gierke II, § 166 Anm. 29; Jäkel § 51, II, 1a; Endemann II, § 116 Anm. 11; Männer § 70 Anm. 3.

[2]) R.G. Bd. 70 S. 358.

[3]) Siehe: R.G. Bd. 52 S. 111 f.; Bd. 54 S. 84; Bd. 68 S. 101; Bd. 70 S. 357 ff.; Jur. Woch. 1903 Beil. 50; 1909 S. 218; Recht 1909 No. 1140/41; Z. Bl. F. G. VI S. 779, 890; R.O.L.G. V S. 9, VIII, S. 142.

Praktisch ist diese Ansicht auch durchaus zu billigen; würde durch eine einseitige Erklärung des Eigentümers, eine Hypothek für einen andern zu bewilligen, eine Eigentümergrundschuld des Bestellers geschaffen werden, so würde dieses Mittel sehr oft zu Täuschungen benutzt werden. Es würden derartige Scheinhypotheken für Pfandbriefbanken z. B. eingetragen werden; der Erwerber würde eine solche Hypothek, die er für sicher halten muß, übernehmen, das Grundstück überzahlen und außerdem noch dem Veräußerer die Hypothekenvaluta zahlen müssen. Das Mittel der Anfechtung würde oft unanwendbar sein. Ferner könnte diese Art von Grundschuldbestellung dazu benutzt werden, um Gläubigern das Grundstück als Wertobjekt zu entziehen. Aus dem Grundbuch ist nicht zu ersehen, daß die Hypothek nur scheinbar eine Fremdhypothek ist. Oft würde also die Zwangsversteigerung unterbleiben, wenn der betreibende Gläubiger fürchtete, aus dem scheinbar überlasteten Grundstück nicht einmal die Kosten des Verfahrens zu retten.

Lebenslauf.

Am 26. November 1883 bin ich, Konrad Wilhelm Johannes Hirschfelder, in Breslau als Sohn des Lehrers Wilhelm Hirschfelder und seiner verstorbenen Ehefrau, Ida, geb. Pohl, geboren. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und evangelischer Konfession. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Johannes- und dem Friedrichs-Gymnasium zu Breslau und bestand Ostern 1906 auf dem Gymnasium zu Jauer die Reifeprüfung. Nach bestandener Prüfung widmete ich mich 8 Semester dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften in Breslau und Halle a/S. Am 10. November 1911 bestand ich vor der Prüfungskommission am Königl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 1. Dezember 1911 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau das examen rigorosum. Vom 23. November 1911 bis zum 22. August 1912 war ich bei dem Königl. Amtsgericht in Wohlau als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Gegenwärtig bin ich beim Landgericht in Breslau tätig.